

Vrij verkeer van goederen en diensten

De Dienstenwet: dekt de vlag de lading

Pleidooi voor verdere omzetting van de Dienstenrichtlijn

Mr. M.R. Botman*

Met ingang van 28 december 2009 is de Dienstenwet in werking getreden. Deze wet dient ter implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn.¹ Zoals wellicht bekend heeft deze richtlijn tot doel de interne markt in Europa op het gebied van vrij verkeer van diensten te vervolmaken door ongerechtvaardigde belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, weg te nemen. De wetgever heeft met de Dienstenwet getracht de hoofdverplichtingen uit de Dienstenrichtlijn om te zetten in één horizontale wet. Daarbij heeft de wetgever als uitgangspunten genomen dat de wet zich moest beperken tot de minimaal noodzakelijke omzettingsmaatregelen en onnodige wetgeving moest worden voorkomen.² Dit heeft ertoe geleid dat een aanzienlijk aantal bepalingen uit de Dienstenrichtlijn, waaronder de kernbepalingen 9 en 16, niet zijn omgezet in nationale regelgeving. In dit artikel zal ik bezien of de wetgever hier verstandig aan heeft gedaan.³ Daarbij staan de volgende twee vragen centraal. Houden de argumenten van de wetgever om de betreffende bepalingen niet op te nemen stand in het licht van de rechtspraak van het Hof

van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) op het gebied van de implementatie van richtlijnen?

Wet van 12 november 2009 tot implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet). Stb. 2009, 503.

Inleiding

Of leidt de rechtspraak ertoe dat de wetgever de bepalingen wel om had moeten zetten naar nationaal recht?

De ontwikkeling van de dienstensector wordt binnen Europa van cruciaal belang geacht voor de economische groei, zeker in tijden van crisis. Correcte en tijdige implementatie van de Dienstenrichtlijn staat daarom zeer hoog op de Europese agenda.⁴ Het bedrijfsleven en de consumenten kunnen immers pas ten volle profiteren van de voordelen van een interne markt, als de richtlijn tijdig en doeltreffend wordt uitgevoerd. Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat de Commissie daadwerkelijk zal overgaan tot inbreukprocedures als zij tot de conclusie komt dat niet tijdig of niet correct is geïmplementeerd.⁵ Het is daarom interessant te bezien of Nederland met de Dienstenwet op het juiste spoor zit of dat bijsturing nodig is.⁶ Om bovenstaande vragen te beantwoorden zal ik de argumenten van de wetgever om een aantal belangrijke bepalingen uit de richtlijn niet op te nemen in de Dienstenwet, op kritische wijze analyseren in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Tevens wordt nagegaan

109

* Mr. M.R. Botman is promovenda aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en verbonden aan het VU University Amsterdam Centre for Law and Governance. Zij doet onderzoek naar de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn in Nederland.

1. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006, Pb. EU 2006, L 376/38 (hierna ook: de richtlijn).
2. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 16 (MvT).
3. Het is niet mijn bedoeling alle richtlijnbevestigingen die niet zijn omgezet in nationale wet- of regelgeving uitputtend te behandelen. Uitgangspunt vormt de argumentatie van de wetgever zoals weergegeven in paragraaf 3.4.2 in de MvT en de daarin genoemde artikelen (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3 p. 20-24 (MvT)).

4. Zie onder meer SEC(2009)1684/2, Commission Staff working document; Persmededeling 2963^e zitting van de Raad Concurrentievermogen (Interne markt, Industrie en Onderzoek) Brussel, 24-25 september 2009 (13513/1/04 REV 1 (Presse 272)).

5. Zie onder meer: *Kamerstukken II* 2009/10, 31 579, nr. 22 en SEC(2009)1684/2, Commission Staff working document.

6. Implementatie van richtlijnen omvat meer dan alleen omzetting van wetgeving in nationale wet- en regelgeving. Naast omzetting, moeten de richtlijnbevestigingen ook worden ingekaderd, toegepast en gehandhaafd. Deze bijdrage ziet uitsluitend op de omzetting van de richtlijn in de Dienstenwet. Naast de Dienstenwet is er de Aanpassingswet om bestaande wetgeving in overeenstemming te brengen met de richtlijn (Aanpassingswet dienstenrichtlijn, *Stb.* 2009, 616).

of er argumenten zijn die ervoor pleiten de richtlijnbe-
palen alsnog om te zetten naar nationaal recht. Daarbij
ga ik in op de juridische en praktische consequenties die
het ontbreken van nationale voorschriften met zich
brengt. Alvorens in te gaan op bovenstaande punten, geef
ik een kort overzicht van de jurisprudentie van het Hof
van Justitie met betrekking tot de omzetting van richtlij-
nen in het algemeen. Omdat over de Dienstenrichtlijn en
de Dienstenwet al het een en ander is geschreven, ga ik op
de inhoud daarvan niet afzonderlijk in.⁷ Ook de zogeheten
'lex silencio positivo' die in de richtlijn is opgenomen en
die ertoe leidt dat vergunningen waarop de Diensten-
richtlijn van toepassing is van rechtswege worden ver-
leend indien niet tijdig wordt beslist (artikel 13 lid 4), valt
buiten het bestek van dit artikel. Ik volsta hier met de
opmerking dat dit artikel weliswaar is omgezet in de Dien-
stenwet, maar de wet op dit punt in mijn ogen niettemin
botst met de inhoud van de richtlijn en jurisprudentie van
het Hof van Justitie. Volgens de richtlijn is de lex silencio
van toepassing, tenzij deze om dwingende redenen is uit-
gezonderd in nationale regelgeving. In de Dienstenwet is
echter opgenomen dat de lex silencio positivo tot 2012 bij
de decentrale overheden niet geldt, tenzij deze van toe-
passing is verklaard. Dit lijkt veilig, maar dat is het niet.
Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie mag
omzettingswetgeving niet voorzien in een overgangsrege-
ling, als een richtlijn hiervoor geen ruimte biedt.⁸ Dit
betekent dat als een gemeente niet motiveert waarom de
lex silencio niet van toepassing is op een vergunningstel-
sel waar de richtlijn betrekking op heeft, deze rechtstreeks
geldt op grond van artikel 13 lid 4. Dit heeft tot gevolg dat
een vergunning die valt onder de Dienstenrichtlijn, van
rechtswege is verleend als niet tijdig wordt beslist. Terug
naar het hoofdonderwerp.

Eisen van het Hof van Justitie inzake omzetting van richtlijnen

Ingevolge artikel 288 van het nieuwe Verdrag betreffende
de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)⁹ is een
richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resul-
taat, maar hebben de lidstaten de vrijheid om de vorm en
middelen te kiezen om het beoogde resultaat te bereiken.
Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Het Hof van Jus-
titie heeft met het oog op de volledige toepassing van een
richtlijn en de vereisten van rechtszekerheid en effectieve
rechtsbescherming, strikte eisen gesteld aan de omzetting

7. Hiervoor verwijs ik naar de richtlijn zelf en de artikelen die hierover inmid-
dels zijn verschenen. Zie bijvoorbeeld E. Steyger, 'De implementatie van de
Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008, 1,
p. 1-10; B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)', *Gemeente-
stem* 2007 (7269), 28, p. 113-125; Ch. W. Backes, 'Much ado about
nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van
de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009, 10, p. 307-317.
8. HvJ EG 9 augustus 1994, zaak C-396/92, *Band Naturschutz*, *Jur.* 1994,
p. I-3717 en HvJ EG 10 april 2008, zaak C-442/06, *Commissie/Italië*,
Jur. 2008, p. I-2413.
9. Voorheen art. 249 EG-Verdrag.

van richtlijnen in nationale bepalingen. Uitgangspunt is
dat een richtlijn moet worden omgezet in dwingende
bepalingen van nationaal recht en met duidelijke en nauw-
keurige bewoordingen.¹⁰ Dit is niet alleen van belang voor
de bescherming van de door een richtlijn aan particulieren
toegekende rechten, maar ook voor een uniforme toepas-
sing van de richtlijnbe-
palen door de verschillende
overheden. Concreet betekent de rechtspraak van het Hof
van Justitie dat in beginsel moet worden omgezet door
middel van algemeen verbindende voorschriften.

Het voorgaande neemt niet weg dat voor de implementatie
van een richtlijn niet altijd optreden van de wetgever is
vereist. Afhankelijk van de inhoud van de richtlijn kan
worden volstaan met een algemene juridische context. Zo
kan het bestaan van een wettelijk kader of algemene begin-
selen van constitutioneel of administratief recht de imple-
mentatie door specifieke wet- of regelgeving overbodig
maken.¹¹ Uiteraard is omzetting van de richtlijnbe-
palen ook overbodig indien en voor zover de bestaande wet-
geving nauwkeurig in overeenstemming is met de richtlijn
en het beoogde resultaat van de richtlijn hiermee volledig
wordt verzekerd. Ten slotte kan ook de aard van de richt-
lijnbe-
palen met zich brengen dat een optreden van de
wetgever niet noodzakelijk is. Bepalingen die alleen de
betrekkingen tussen de lidstaten en de Commissie betref-
fen, hoeven in beginsel niet in nationaal recht te worden
omgezet.¹² Dit geldt bijvoorbeeld voor de verplichting uit
de Dienstenrichtlijn die inhoudt dat de lidstaten de
bestaande regels moeten screenen en hiervan verslag moe-
ten doen aan de Europese Commissie.¹³ Ook de bepaling
waarin de omzettingstermijn is neergelegd, behoeft naar
zijn aard geen implementatie.

Hoewel dus niet altijd omzetting vereist is, moet men zich
realiseren dat het Hof van Justitie de stelling van de lid-
staten dat nadere wet- of regelgeving overbodig is, niet
gauw honoreert. Het Hof van Justitie laat doorgaans de
beginselen van rechtszekerheid en effectieve rechtsbe-

10. Vaste jurisprudentie, zie onder meer HvJ EG 20 november 2003, zaak
C-296/01, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2003, p. I-13909 en HvJ EG
13 maart 1997, zaak C-197/96, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 1997,
p. I-1489, recentelijk HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-427/07, *Commissie/
Ierland*, n.n.g.
11. HvJ EG 23 mei 1985, zaak 29/84 *Ziekverplegersarrest*, *Jur.* 1985,
p. 1661, r.o. 23 en HvJ EG 20 mei 1992, zaak C-190/90, *Commissie/
Nederland*, *Jur.* 1992, p. I-3265. In laatstgenoemde zaak oordeelde het
Hof van Justitie dat het bestaande wettelijk kader een voldoende omzetting
was van art. 3 van de Seveso-richtlijn. Door sommige auteurs werd
dit arrest aanvankelijk gezien als een versoepeling van het standpunt dat
omzetting dient te geschieden door dwingende bepalingen (J.W. van de
Gronden, *De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse
overheden*, Europese monografieën nummer 57, Deventer: Kluwer 1998,
p. 66 met verwijzing naar de annotatie van Jans bij het arrest in *M en R*
1993, 44). Hiervan is echter niet gebleken. Wel volgt uit het arrest dat
een richtlijn(bepaling) door een samenstel van verschillende nationale
wettelijke regelingen mag worden omgezet in plaats van één nationale
regeling. Zie S. Prechal, *Directives in EC Law, Second Completely Revised
Edition*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 118.
12. HvJ EG 24 juni 2003, zaak C-72/02, *Commissie/Portugal*, *Jur.* 2003,
p. I-6597. Dit neemt niet weg dat de volledige toepassing van de richtlijn
onder omstandigheden kan vereisen dat er implementatiemaatregelen
worden vastgesteld.
13. Art. 39 lid 5 Dienstenrichtlijn. In beginsel hoeven dergelijke bepalingen
niet te worden omgezet, maar het zou uit praktisch oogpunt misschien
wel wenselijk zijn. Vgl. Backes 2009, p. 312.

scherming prevaleren.¹⁴ Dit geldt temeer als de te implementeren richtlijn rechten of verplichtingen voor particulieren in het leven beoogt te roepen.¹⁵

De wetgever versus het Hof van Justitie

Wat behoeft volgens de wetgever geen omzetting?

Om onnodige wetgeving te voorkomen, is de wetgever niet overgegaan tot omzetting van bepalingen uit de Dienstenrichtlijn, 'als er sprake is van geldend Europees recht dat in de Nederlandse rechtsorde reeds is geïncorporeerd'. Ook 'kaderstellende normen of informatieverplichtingen jegens de Europese Commissie die door feitelijk handelen van de wetgever en regelgevende instanties kunnen worden gewaarborgd', zijn niet door middel van wet- of regelgeving geïmplementeerd.¹⁶ Dit heeft ertoe geleid dat onder meer de bepalingen uit de richtlijn die zien op de inrichting van een vergunningstelsel (artikel 10 lid 1, 2, 4, 5 en 6) of de vergunningsprocedure zelf (artikel 13 lid 1) niet zijn omgezet, evenals het discriminatieverbod (artikel 20). Ook de bepalingen die zien op de toelaatbaarheid van eisen aan dienstverrichters of afnemers, zijn niet opgenomen in de Dienstenwet. Dit betreft in feite de kernbepalingen uit de richtlijn, die de lidstaten verbieden om de dienstverrichters en afnemers ongerechtvaardigde belemmeringen op te leggen; de artikelen 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25.

Artikel 9 ziet op vestiging van dienstverleners en komt erop neer dat lidstaten de toegang en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk mogen stellen van een vergunningstelsel, tenzij dit noodzakelijk, evenredig en niet-discriminerend is. In artikel 14 is een aantal verboden eisen opgenomen en in artikel 15 de zogeheten 'verdachte' eisen die aan evaluatie zijn onderworpen. In artikel 16, dat ziet op tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening, is enerzijds bepaald dat lidstaten het recht op een vrije toegang en uitoefening van het verrichten van diensten moeten eerbiedigen en anderzijds dat lidstaten dit recht niet afhankelijk mogen stellen van naleving van eisen die discriminerend, niet noodzakelijk of evenredig zijn. Artikel 19 bepaalt dat de lidstaten evenmin aan een afnemer eisen mogen opleggen die het gebruik van een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter beperken.

Artikel 24 gebiedt de lidstaten elk algeheel verbod op commerciële communicatie (oftewel; reclame) van gereguleerde beroepen in te trekken. Artikel 25 ten slotte

bevat eisen die kunnen worden gesteld aan dienstverrichters met multidisciplinaire activiteiten.

In paragraaf 3.4.2 van de memorie van toelichting wordt de keuze om bovengenoemde bepalingen niet om te zetten, expliciet gemotiveerd. Hieronder worden de argumenten verder uitgewerkt en geanalyseerd.¹⁷ Daarbij houd ik de volgorde uit paragraaf 3.4.2 aan.

De toelaatbaarheid van eisen aan dienstverrichters of afnemers (artikelen 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25)

Argument 1: er is al sprake van geldend Europees recht

De eerdergenoemde richtlijnbevestigingen 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25 behoeven in de ogen van de wetgever geen omzetting, omdat de richtlijn op deze onderdelen een codificatie is van de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals die is ontwikkeld in het kader van de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU).¹⁸ In verband met de rechtstreekse werking van deze bepalingen moet de Nederlandse overheid deze jurisprudentie al naleven, hetgeen omzetting overbodig maakt, aldus de wetgever. Dit argument lijkt mij feitelijk en juridisch onjuist. De richtlijn is geen exacte weergave van de bestaande jurisprudentie. In de Dienstenrichtlijn wordt bijvoorbeeld de mogelijkheid om eisen te stellen aan tijdelijke dienstverrichters ten opzichte van de bestaande jurisprudentie fors ingeperkt.¹⁹ Volgens de huidige rechtspraak van het Hof kan een beperking van het vrij verkeer van diensten worden gerechtvaardigd door een open en dynamische lijst van dwingende redenen van algemeen belang (de *rule of reason*),²⁰ zoals verkeersveiligheid of voorkoming van fraude. In de Dienstenrichtlijn zijn de belangen die de lidstaten kunnen invoeren beperkt tot de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en milieu.²¹ Deze gronden zijn limitatief. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld consumentenbescherming niet meer kan worden ingeroepen om een belemmering van het tijdelijk dienstenverkeer te rechtvaardigen.²² Voor dienstenactiviteiten die buiten de richtlijn vallen, zoals gokactivitei-

14. Een van de zeldzame zaken waarin het beroep op een reeds bestaande juridische context werd gehonoreerd, was HvJ EG 21 mei 1985, zaak 248/83, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1985, p. 1459. Een recentere zaak betrof HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-233/00, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 2003, p. I-6625.

15. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 2001, p. I-3541, AB 2001, 314 m.nt. FHvdB.

16. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 17 (MvT). Vermoedelijk is bedoeld dat de regering in het kader van het wetgevingsproces rekening zal moeten houden met normen uit de richtlijn.

17. Zoals reeds aangegeven in noot 3 vormt daarbij het uitgangspunt de argumentatie van de wetgever zoals weergegeven in paragraaf 3.4.2 in de MvT en de daarin genoemde artikelen (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3 p. 20-24 (MvT)).

18. Voorheen art.49 EG-Verdrag, respectievelijk art. 43 EG-Verdrag.

19. In de memorie van toelichting wordt dit weliswaar onderkend, maar dit leidt niet tot een ander standpunt (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 21). Zie hierover onder meer G. Davies, 'The services directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration', *European Law Review* 2007 32 (2), p. 232-245; zie ook B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbreken voor de wetgever', *Regelmaat* 2007/5, p. 210.

20. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-76/90, *Säger*, *Jur.* 1991, p. I-4221.

21. Art. 16 Dienstenrichtlijn. In art. 17 is bepaald in welke gevallen art. 16 niet van toepassing is en art. 18 voorziet in afwijkingen in specifieke gevallen.

22. De Vries komt tot de conclusie dat onder de Dienstenrichtlijn lidstaten geen tariefregeling voor de advocatuur meer kunnen vaststellen met het oog op consumentenbescherming en goede rechtsbedeling. Voorheen was dit wel mogelijk, zo blijkt uit HvJ EG 5 december 2006, gevoegde zaken C-94/04, *Cipolla*, en C-202/04, *Capodarte*, *Jur.* 2006, p. I-11421. (S.A. de Vries, 'Hoe relatief is de vrijheid van vrije beroepsbeoefenaars na Cipolla?', *NTER* 2007, p. 93-98). Belhadj e.a. 2007 komen tot dezelfde conclusie (E. Belhadj, S.J.H. Evans en J.W. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007-4, p. 71).

ten, is dit nog wel mogelijk.²³ Op dit punt wijkt de richtlijn dus af van de bestaande jurisprudentie. Het is bovendien niet uitgesloten dat de uitleg van de begrippen en verboden die zijn vastgelegd in de richtlijn zal gaan afwijken van de uitleg in de bestaande rechtspraak. Hessel vraagt zich bijvoorbeeld af hoe het begrip openbare orde in het kader van de richtlijn zal (moeten) worden geïnterpreteerd; in overeenstemming met de huidige jurisprudentie, of ruimer, zoals de Nederlandse onderhandelaars hebben bepleit.²⁴ Een ander voorbeeld betreft de toepassing van de 'verboden eisen' die zijn opgenomen in artikel 14 van de richtlijn, zoals het verbod op het hebben van een vestiging in meer dan één lidstaat.²⁵ Drijber wijst op het feit dat deze 'verboden eisen' weliswaar zijn terug te voeren op de rechtspraak, maar met dit verschil dat de verboden in artikel 14 algemene toepassing hebben, terwijl in de rechtspraak de motivering van een verboden eis vaak is afgestemd op de betrokken sector of activiteit.²⁶ Kortom, hoewel de richtlijn inderdaad grotendeels een codificatie is van de bestaande rechtspraak, zijn er ook verschillen. Er kan dus niet blind worden afgegaan op hetgeen in de rechtspraak van het Hof van Justitie is bepaald. Doet de wet- of regelgever dit wel, bijvoorbeeld door met het oog op consumentenbescherming een wettelijk voorschrift vast te stellen dat het vrije dienstenverkeer beperkt, dan slaat hij mogelijk de plank mis.

Voor zover genoemde richtlijnbevestigingen wel een weerspiegeling vormen van bestaande jurisprudentie, overtuigt het argument van de wetgever evenmin. Door de codificatie van de rechtspraak in de richtlijn is de juridische status van de regels veranderd. Lidstaten zijn immers verplicht richtlijnen om te zetten in nationale wetgeving; deze verplichting geldt niet voor verdragsbepalingen en de rechtspraak daaromtrent. De omstandigheid dat de praktijk in een lidstaat overeenstemt met de voorschriften uit een richtlijn, doet hier niet aan af.²⁷ Ook het feit dat een bepaling uit het verdrag of een richtlijn rechtstreeks werkt, heft deze verplichting niet op.²⁸ De rechtspositie die uit een richtlijn voortvloeit, moet nauwkeurig en dui-

delijk worden vastgelegd in nationaal recht, zodat particulieren hiervan kennis kunnen nemen en zich hierop kunnen beroepen. Hierin is dan ook de meerwaarde van de richtlijn gelegen ten opzichte van de reeds bestaande rechtspraak; een nieuw rechtskader biedt de afnemers en dienstverrichters de nodige rechtszekerheid om hun recht op vrij verkeer van diensten uit te oefenen.²⁹ Rechtstreekse toepassing van de verdragsartikelen is immers onvoldoende gebleken om een interne dienstenmarkt te realiseren. Kortom, het argument dat omzetting niet nodig is omdat er sprake is van geldend Europees recht waar Nederland al aan voldoet, gaat naar mijn oordeel niet op.

Argument 2: er is sprake van kaderstellende normen

De wetgever kwalificeert de bepalingen 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25 als 'kaderstellende instructienormen', die bedoeld zijn om de discretionaire bevoegdheid van de nationale wetgever in te perken. De aard van deze verplichtingen zou zich verzetten tegen omzetting door middel van wetgeving in formele zin. De normen zouden niet door middel van wetgeving, maar door 'feitelijk handelen van de wetgever' moeten worden gewaarborgd.³⁰ Ook deze opvatting deel ik niet. Mijns inziens omvatten de artikelen veel meer dan eenvoudige instructienormen. Ze komen neer op een verbod voor de lidstaten om bepaalde belemmeringen op te werpen aan het vrij verkeer van diensten.³¹ Dit heeft tot gevolg dat er rechten in het leven worden geroepen voor particulieren. Op dit punt zijn de artikelen, zoals ook de wetgever stelt, te vergelijken met de verdragsbepalingen 49 en 56; aan het verbod beperkingen op te leggen aan het vrij verkeer van diensten, ontlenen particulieren rechtstreeks het recht dienstenactiviteiten te ontplooiën en te ontvangen. Om de rechten die voortvloeien uit de richtlijn af te dwingen, moeten dienstverrichters en afnemers zich, zoals gezegd, op nationale bepalingen kunnen beroepen. Niet alleen ten opzichte van de overheid, maar ook ten opzichte van elkaar.³² Hiertoe is het niet voldoende dat de betreffende richtlijnbevestigingen worden neergelegd in beleidsregels of aanwijzingen voor de regelgeving, maar is het noodzakelijk dat deze worden omgezet in algemeen verbindende voorschriften. Van de Gronden en Belhadj e.a. zijn van mening dat de wetgever er terecht voor heeft gekozen de artikelen 9 en 16 niet om te zetten, omdat ze formeel en materieel gericht zijn tot de wetgever.³³ Zij achten het niet zinvol deze bepalingen op te nemen in nationaal recht. Zij menen echter tegelijkertijd dat (in ieder geval) de bepalingen 9 en 16 rechtstreekse werking hebben en dienstverrichters zich dus op deze bepalingen moeten kunnen beroepen. Deze redenering wringt. Rechtstreekse werking is een minimumwaarborg.³⁴ De vraag of en in hoeverre een richtlijn rechtstreeks werkt, komt pas aan de orde indien een lid-

23. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 8 september 2009, zaak C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional en BAW International/NJ* 2009, 472 m.nt. Mok.

24. Zie overweging 41 Dienstenrichtlijn, alsmede B. Hessel, 'Gemeenten en de dienstenrichtlijn (2). Gemeentelijke dilemma's', *Gemeentestem*. 2007 (7271), 41, p. 197-203.

25. Art. 14, aanhef en onder 2.

26. B.J. Drijber, 'Van democratie en bureaucratie: de Dienstenrichtlijn is erdoor', *NTER* 2007, p. 1-7. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 juli 1984, zaak 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris/Klopp*, *Jur.* 1984/83, waarin een Franse regeling aan de orde was op grond waarvan advocaten niet in meer dan één plaats kantoor zouden mogen houden. Onder de Dienstenrichtlijn vormt dit een 'verboden eis' en vindt een nadere afweging niet meer plaats. Indien het echter eenzelfde soort eis in de medische sector betreft, dient een dergelijke afweging nog wel plaats te vinden, zie voorbeeld HvJ EG 30 april 1986, zaak 96/85, *Commissie/Frankrijk*, *Jur.* 1986, p. 1475, waarin het Hof van Justitie beoordeelt of het Franse verbod om in meer dan één lidstaat ingeschreven te staan als (tand)arts een onevenredige beperking vormt.

27. HvJ EG 15 maart 1990, zaak 339/87, *Commissie/Nederland*, *Jur.* 1990, p. I-851 en HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, *Jur.* 1993, p. I-5475.

28. HvJ EG 4 december 1997, zaak C-207/96, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1997, p. I-6869.

29. Overweging 5, 6 en 7 van de considerans van de Dienstenrichtlijn.

30. Zie noot 16.

31. Aldus ook: Belhadj e.a. 2007.

32. HvJ EG 17 oktober 1991, zaak C-58/89, *TA-Luft (lood)*, *Jur.* 1991, p. I-2607.

33. Belhadj e.a. 2007, paragraaf 5, Van de Gronden 2008, p. 29-32.

34. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-96/95, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1997, p. I-1653.

staat een richtlijn niet of niet juist heeft omgezet.³⁵ Andersom geredeneerd: als wordt geconstateerd dat een bepaling rechtstreekse werking heeft, dan moet de betreffende bepaling (nog steeds) worden omgezet. Bovendien volgt uit de opvatting van Van de Gronden en Belhadj e.a. impliciet dat de bepalingen niet louter tot de lidstaten gericht zijn; als een dienstverrichter moet kunnen afdwingen dat de overheid zich overeenkomstig de richtlijn gedraagt, ligt hieraan ten grondslag dat er voor de dienstverrichter aanspraken voortvloeien uit de richtlijn.³⁶

Het ontbreken van een nationaal equivalent van de artikelen kan bovendien problemen opleveren bij toepassing van de richtlijnbevestigingen tussen dienstverrichters onderling.³⁷ Het Hof van Justitie heeft de horizontale werking van richtlijnen tussen particulieren tot op heden niet geaccepteerd.³⁸ Een Spaanse dienstverrichter die in strijd met de Nederlandse regelgeving niet beschikt over een vergunning om tijdelijk diensten aan te bieden en hierop in rechte wordt aangesproken door een Nederlandse concurrent, kan zich dus niet beroepen op artikel 16 van de richtlijn. Natuurlijk is het mogelijk om, zoals Van de Gronden voorstelt,³⁹ speciaal voor de doorwerking van de Dienstenrichtlijn in de rechtspraak oplossingen te ontwikkelen, zodat het gebrek aan horizontale werking wordt opgeheven.⁴⁰ Dit zal echter niet leiden tot een beter begrip van het (toch al complexe) communautaire recht, laat staan tot meer rechtszekerheid. Daarnaast vergt het nogal wat creativiteit en inspanningen van de nationale rechter. Bovendien is deze exercitie niet nodig, als de richtlijnbevestigingen wel worden omgezet in nationaal recht. Het voorgaande bevestigt mijns inziens mijn betoog dat de bepalingen méér omvatten dan louter instructienormen voor de wetgever. De aard van de verplichtingen verzet zich dan ook niet tegen omzetting. Integendeel. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming is omzetting van genoemde bepalingen juist noodzakelijk.

Ook vanuit een ander perspectief zou ik willen betogen dat omzetting vereist is. Volgens vaste rechtspraak moet elke lidstaat in zijn nationale rechtsorde alle maatregelen treffen die nodig zijn om de volle werking van een richtlijn

overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren.⁴¹ Dit betekent dat richtlijnbevestigingen door de verschillende (decentrale) overheden op consistente en correcte wijze moeten worden uitgevoerd. Het is de vraag of juristen bij gemeenten of provincies bij het opstellen van verordeningen of beleid over een aantal jaar nog zullen stilstaan bij het toetsingskader zoals dat is vastgelegd in de Dienstenrichtlijn. Het ligt meer voor de hand dat de nationale Dienstenwet als referentiepunt zal worden genomen. Gemeenten zouden bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning voor een kinderdagverblijf of horecagelegenheid afhankelijk kunnen stellen van het bewijs dat hieraan economische behoefte is, hetgeen strijd op kan leveren met artikel 14, aanhef en onder 5, van de richtlijn.⁴² De volle werking van de richtlijn komt hierdoor in gevaar. Om dit te voorkomen is omzetting van genoemde bepalingen nodig. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zaak C-237/90⁴³ die zag op de omzetting van Richtlijn 80/778/EEG.⁴⁴ Deze richtlijn zag op de kwaliteit van drinkwater en legde aan de lidstaten de verplichting op om de Commissie in kennis te stellen als afwijkingen van de maximaal toelaatbare concentraties in drinkwater werden toegestaan. Om te garanderen dat de Duitse federale overheid de Commissie tijdig kon inlichten, oordeelde het Hof van Justitie dat de Länder moesten worden verplicht de federale autoriteiten mededelingen te doen over toegestane afwijkingen. Het beginsel van loyaliteit van de Länder ten opzichte van de federale staat vond het Hof van Justitie onvoldoende, evenals het feit dat de verplichting rechtstreeks zou voortvloeien uit de richtlijn. Een andere zaak waarop kan worden gewezen is C-410/03,⁴⁵ die zag op de omzetting van de richtlijn betreffende de handhaving en controle van de arbeidstijden voor zeevarenden.⁴⁶ Op grond van deze richtlijn moet een lidstaat, wanneer hij over aanwijzingen beschikt dat een schip niet voldoet aan de in de richtlijn gestelde normen, ten behoeve van de regering waar het schip is geregistreerd een verslag opstellen. Italië stelde feitelijk aan deze verplichting te hebben voldaan. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat de volle werking van de richtlijn expliciete omzetting van deze verplichting in nationaal recht vereist. Ditzelfde gold voor de verplichting om een andere lidstaat in kennis te stellen wanneer een schip een verbod krijgt opgelegd om de haven te verlaten. Ook de bepaling die ziet op de wijze waarop de inspecties moeten worden uitgevoerd, moest volgens het Hof van Justitie worden opgenomen in een duidelijk wettelijk kader, zodat de volledige toepassing van de richtlijn niet alleen feitelijk,

35. HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, *Becker*, *Jur.* 1982, p. 53.

36. Vgl. Prechal 2005, p. 118.

37. Aldus ook: Van de Gronden 2008, p. 30, Belhadj e.a. 2007, paragraaf 5.

38. Vaste jurisprudentie, zie onder meer HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Marshall*, *Jur.* 1986, p. 723, HvJ EG 14 juli 1997, zaak C-91/92, *Faccini Dori*, *Jur.* 1994, p. I-3325 en HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-201/02, *Wells*, *Jur.* 2004, p. I-723. In de zaken *CIA Security* (HvJ EG 30 april 1996, zaak C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201) en *Unilever/Central Food* (HvJ EG 26 september 2000, zaak C-443/98, *Jur.* 2000, p. I-7535) heeft het Hof van Justitie het beroep op de notificatierichtlijn tussen particulieren wel aanvaard. Als rechtvaardiging voor deze uitzondering noemde het Hof van Justitie dat deze richtlijn een 'procedureel' in plaats van een materieel karakter heeft'. Ook in de nationale rechtspraak wordt de horizontale werking van richtlijnen niet geaccepteerd, zie recentelijk arrest van Gerechtshof Amsterdam van 10 november 2009, *RAR* 2010, 26, LJN BK4648.

39. Van de Gronden 2008, p. 30-32.

40. Zie voor een creatieve oplossing voor doorwerking van Richtlijn 2003/88/EG de uitspraak van de kantonrechter Utrecht van 14 oktober 2009, *RAR* 2010, 12, LJN BK0017.

41. Vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 mei 2002, zaak C-478/99, *Commissie/Zweden*, *Jur.* 2002, p. I-4147, r.o. 15, HvJ EG 8 mei 2008, zaak C-491/06, *Danske Svineproducenter/Justitsministeriet*, *Jur.* 2008, p. I-3339.

42. Vgl. HvJ EG 19 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, n.n.g. (vrijheid van vestiging).

43. HvJ EG 24 november 1992, zaak C-237/90, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1992, p. I-5973.

44. Pb. EG 1980, L 229/11, inmiddels ingetrokken en vervangen door Richtlijn 98/83/EG (Pb. EG 1998, L 330/32).

45. HvJ EG 28 april 2005, zaak C-410/03, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2005, p. I-3507.

46. Richtlijn 1999/95/EG (Pb. EG 2000, L 14/29).

maar ook rechtens kon worden verzekerd. Uit deze zaken, die enkel dienen als voorbeeld, volgt dat onder omstandigheden ook verplichtingen die zich uitsluitend richten tot de lidstaten en die door feitelijk handelen zouden kunnen worden nageleefd, niettemin moeten worden omgezet. Niet zozeer vanuit een oogpunt van rechtsbescherming of rechtszekerheid, maar om het doel van de richtlijn, in casu de bescherming van veiligheid op zee en een goede kwaliteit van het drinkwater, te verzekeren. Met andere woorden: zelfs al zou geconcludeerd moeten worden dat de richtlijnbevestigingen 9, 14, 15, 16, 19, 24 en 25 zich uitsluitend richten tot de wetgever, dan nog zou omzetting vereist kunnen zijn om de volledige toepassing van de richtlijn te garanderen.

De wetgever erkent dat de naleving van de richtlijn door de decentrale overheden een aandachtspunt vormt en stelt dat 'op enigerlei wijze in breed verband aan deze instructienorm voldoende aandacht [zal] worden besteed'.⁴⁷ Nog afgezien van de vraag of dit gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie voldoende is, kan worden betwijfeld of dit ook de meest praktische oplossing is.⁴⁸ Was het niet minstens zo efficiënt geweest om de toetsingskaders uit de richtlijn op te nemen in de Dienstenwet? Het argument van de wetgever dat het binnen de Nederlandse grondwettelijke verhoudingen 'niet wenselijk' is wettelijk vast te leggen hoe de formele wetgever zich moet gedragen, vind ik niet doorslaggevend. Er zijn wel meer wetsbepalingen in formele zin die zich richten tot de formele wetgever.⁴⁹ Voor de decentrale overheden geldt het argument al helemaal niet. In de Algemene wet bestuursrecht zijn ook bepalingen opgenomen die zich richten tot de decentrale wetgever, bijvoorbeeld artikel 3:1 lid 1 Awb.

In de Dienstenwet is, vooruitlopend op het wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten,⁵⁰ een regeling opgenomen om de naleving van een aantal bepalingen uit de Dienstenwet en de Dienstenrichtlijn door decentrale overheden te kunnen handhaven.⁵¹ Dit instrument doet aan het bovenstaande niet af. De regeling is in de eerste plaats beperkt tot een gering aantal verplichtingen uit de Dienstenwet en de richtlijn.⁵² Daarnaast doet de mogelijkheid voor de centrale overheid om naleving af te dwingen mijns inziens niet af aan de verplichting om richtlijnbevestigingen, gelet op de effectieve rechtsbescher-

ming en de rechtszekerheid, om te zetten naar nationaal recht.

Argument 3: geen omzetting in verband met notificatieverplichting

Voor de artikelen 9, 15, 16, en artikel 19 (via artikel 16 lid 2, onderdeel g) en artikel 25 van de Dienstenrichtlijn noemt de wetgever nog een extra argument dat het wettelijk vastleggen van deze bepalingen niet noodzakelijk zou maken. De naleving van deze bepalingen zou geschieden door middel van *screening* van geldende wet- en regelgeving in combinatie met een verslaglegging hierover aan de Europese Commissie. Dit argument kan ik niet plaatsen; weliswaar hoeven de *screening*- en notificatiebepalingen volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie in beginsel niet te worden omgezet, dit geldt uiteraard niet automatisch voor de bepalingen waarop de *screening* en notificatie betrekking hebben. Voor die bepalingen geldt immers het uitgangspunt dat ze moeten worden omgezet in dwingende bepalingen van intern recht in voldoende duidelijke en nauwkeurige bewoordingen.

Eisen aan vergunningstelsels, vergunningsprocedure en het discriminatieverbod

Een min of meer vergelijkbare aanpak als hiervoor beschreven volgt de wetgever bij een aantal andere bepalingen uit de richtlijn. Het gaat hier niet om eisen die reeds rechtstreeks zouden gelden op grond van het gemeenschapsrecht, maar om eisen die 'op de een of andere wijze expliciet in de Nederlandse rechtsorde op juridisch bindende wijze zijn geïncorporeerd'.⁵³ Dit standpunt is op zichzelf in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, zoals hiervoor weergegeven. De concrete uitwerking leidt echter tot complicaties.

De wetgever noemt in de eerste plaats artikel 20 van de richtlijn, waarin is vastgelegd dat lidstaten erop moeten toezien dat voor afnemers geen discriminerende eisen gelden op grond van hun nationaliteit of verblijfplaats, bijvoorbeeld in de vorm van hogere prijzen voor musea of het huren van een auto. In de algemene voorwaarden van de dienstverrichter mogen bovendien geen discriminerende bepalingen zijn opgenomen die verband houden met de nationaliteit of verblijfplaats van de afnemer.⁵⁴ Deze verboden zouden volgens de wetgever geen omzetting behoeven, omdat deze al direct voortvloeien uit de beginselen van het Verdrag zelf en ook tot uitdrukking komen in de Nederlandse Grondwet. De wetgever gaat er echter aan voorbij dat deze bepalingen niet zonder meer gelden in een rechtsverhouding tussen particulieren.⁵⁵ Wellicht dat artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling uitkomst kan bieden, dat een aanbieder van diensten bij de uitoefening van zijn bedrijf verbiedt onderscheid te maken. Maar dit verbod geldt niet als het onderscheid gerechtvaardigd is en is evenmin van toepassing op

47. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 22 (MvT).

48. Hoewel efficiëntie niet leidt tot de verplichting een richtlijnbevestiging om te zetten, heeft het Hof van Justitie wel oog voor het praktische nut dat het opnemen van een richtlijnbevestiging in een wettelijk voorschrift heeft. Vgl. HvJ EG 30 november 2006, zaak C-32/05, *Commissie/Luxemburg*, *Jur.* 2006, p. I-11323, r.o. 47.

49. Bijvoorbeeld art. 3 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen of art. 1:9 van de Awb. Zie over collisie tussen de Provinciewet en de Awb de uitspraak van Rechtbank 's-Hertogenbosch van 15 oktober 1997, *Gemeentestem* 1998 (7073), nr. 4 m.nt. C.P.J. Goorden.

50. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 2.

51. Art. 59a en verder Dienstenwet. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 31 859, nr. 4.

52. *Kamerstukken II 2009/10*, 31 859, nr. 4, p. 23. De bevoegdheid tot ingrijpen van de minister is alleen aan de orde indien een decentrale overheid niet voldoet aan de art. 19, 34, 36, 37, 39, 46 tot en met 50 of 55 van de wet, dan wel art. 15 lid 7 (notificatieverplichting) en art. 39 lid 5 (het opstellen van een verslag) van de richtlijn.

53. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 22 (MvT).

54. Daarbij wordt niet uitgesloten dat er verschillende voorwaarden gelden voor de toegang tot een dienst, wanneer die verschillen door objectieve criteria worden gerechtvaardigd.

55. Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 368-377. Daar komt bij dat de verdragsartikelen alleen toepasselijk zijn als er sprake is van een grensoverschrijdende situatie.

eisen die in redelijkheid kunnen worden gesteld, gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet. Het is de vraag in hoeverre artikel 20 van de richtlijn ruimte biedt voor deze *escapes*. In de toekomst zal moeten blijken of een consument met de huidige juridische context dezelfde bescherming wordt geboden, als met de richtlijn wordt beoogd.⁵⁶ Met name met betrekking tot het discriminatieverbod in de algemene voorwaarden, valt dit mijns inziens te betwijfelen, gezien het grote belang dat het Hof van Justitie hecht aan bescherming van de consument.⁵⁷

Andere eisen uit de richtlijn die volgens de wetgever geen omzetting behoeven, zijn de eisen die zien op transparantie en toegankelijkheid van de vergunningsvoorwaarden en de vergunningsprocedure. Het betreft de artikelen 10 en 13 van de Dienstenrichtlijn. In artikel 10 zijn criteria geformuleerd die moeten beletten dat de overheidsinstanties hun discretionaire bevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Vergunningsvoorwaarden mogen niet-discriminatoir zijn en moeten gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig, duidelijk en ondubbelzinnig, objectief, vooraf openbaar gemaakt, transparant en toegankelijk. Ingevolge het vijfde lid van genoemd artikel moeten vergunningen worden verleend zodra is vastgesteld dat aan de vergunningsvoorwaarden is voldaan. Behalve in het geval van verlening van een vergunning moet elke beslissing worden gemotiveerd en kunnen worden aangevochten bij een rechterlijke instantie (artikel 10 lid 6). Ingevolge artikel 13 moet de vergunningsprocedure zelf duidelijk zijn, vooraf openbaar gemaakt worden en de aanvragers de garantie bieden dat hun aanvraag objectief en onpartijdig behandeld worden. Het komt er in wezen op neer dat met de artikelen 10 en 13 het transparantiebeginsel in de richtlijn is gecodificeerd.⁵⁸

De wetgever stelt dat omzetting van deze bepalingen niet nodig is, nu deze overeenkomen met de reeds bestaande beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verbod van vooringenomenheid.⁵⁹ Rekent de wetgever zich

hier niet te rijk? Door verschillende auteurs is al bepleit dat bepaalde aspecten van het transparantiebeginsel weliswaar gewaarborgd worden door de algemene beginselen zoals we die in het Nederlandse bestuursrecht kennen, maar dat de voorwaarden van transparantie verder gaan dan die welke uit de Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur of de Awb kunnen worden afgeleid.⁶⁰ Dit blijkt ook concreet uit de verplichtingen die voortvloeien uit de richtlijn. Het bestuursrecht kent geen verplichting om van te voren de criteria voor vergunningverlening bekend te maken, noch om de gehanteerde procedure bekend te maken. Dit klemt temeer als er sprake is van een beperkt aantal beschikbare vergunningen, zoals een maximaal aantal coffeeshops, kermisattracties, circussen of andere evenementen.⁶¹ In het cultuurpark bij mij om de hoek worden volgens de website van de gemeente jaarlijks maximaal zes grote evenementen en twintig middelgrote evenementen toegelaten. Niet blijkt op grond waarvan een aanvraag wordt beoordeeld, of hoe de procedure zal verlopen in het geval er meer gegadigden zijn. Om te voldoen aan de voorwaarden voor transparantie zoals neergelegd in de richtlijn, zijn bestuursorganen echter wel verplicht dit vast te leggen en bekend te maken, bijvoorbeeld in de vorm van beleidsregels.⁶² Reeds uit het voorgaande volgt dat aan de voorwaarden voor transparantie zoals opgenomen in de richtlijn niet door de bestaande juridische context in Nederland worden gedekt. Het nationale bestuursrecht schiet tekort. Daarbij moet nog worden bedacht dat de invulling van nationale beginselen niet altijd overeenstemt met de Europeesrechtelijke invulling.⁶³ Bovendien zijn de voorwaarden in de richtlijn bedoeld om willekeur te voorkomen, waardoor de beginselen in een ander daglicht kunnen komen te staan.

Betekent dit dat de betreffende bepalingen uit de richtlijn alsnog moeten worden omgezet in nationaal recht? Mijns inziens wel. Een dienstverrichter moet zich kunnen

56. Dat de Europese Commissie art. 20 en de implementatie daarvan serieus neemt, blijkt onder meer uit het rapport dat onlangs is gepubliceerd over discriminatie in een viertal sectoren: Matrix Insight, European Commission, Internal market and Services DG, *Contract with regard to access to services in the Internal Market (Markt/2008/10/E): Study on business practices applying different condition of access based on the nationality or the place of residence of service recipients - Implementation of Directive 2006/123/EG on Services in the Internal Market. Final report*, december 2009.

57. Zie in dit verband HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, *Commissie/Nederland*, Jur. 2001, p. I-03541, AB 2001, 314 m.nt. FHvdB, waarin het Hof van Justitie het betoog van Nederland dat de richtlijn aangaande oneerlijke handelspraktijken geen omzetting behoefde, omdat de met de richtlijn nagestreefde doelstelling reeds door de nationale rechtsorde kon worden bereikt, niet honoreerde, onder meer omdat de richtlijn beoogde de consument te beschermen. Zie hierover: J.M. Smits, 'Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie', *WPNR* 6461 (2001), p. 853-855.

58. Aldus ook: R.J.G.M. Widdershoven e.a. *De Europese agenda van de Awb, derde evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht 2006*, Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 88; S. Prechal, 'De Emancipatie van "het algemene transparantiebeginsel"', *SEW* 2008-9, p. 145.

59. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3 p. 22.

60. F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, oratie VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2004, p. 49-52; Widdershoven e.a. 2007, p. 91; A. Drahmman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?' in: *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie* (Jonge VAR-reeks 8), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010; Prechal 2008 concludeert hetzelfde met betrekking tot het transparantiebeginsel ten aanzien van de beginselen op Europees niveau.

61. Ter verduidelijking: het betreft hier niet de eisen die van toepassing zijn indien een beperkt aantal vergunningen beschikbaar is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, zoals bedoeld in art. 12 van de Dienstenrichtlijn. Zie hierover C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009-7/8 p. 287-299.

62. Op grond van het transparantiebeginsel hebben verschillende auteurs (waaronder Widdershoven e.a. 2007, p. 92) betoogd dat bestuursorganen geen gebruik kunnen maken van hun inherente afwijkingbevoegdheid (art. 4:84 Awb). Dit blijkt niet uitdrukkelijk uit de richtlijn. Wel is duidelijk dat de discretionaire ruimte van de bestuursorganen wordt beperkt, doordat de vergunningsvoorwaarden van te voren duidelijk moeten zijn.

63. Zie Van Ommeren 2004, p. 48; zie ook J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen en W. den Ouden (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 77-113.

beroepen op het feit dat een procedure tot vergunningverlening niet transparant is verlopen, bijvoorbeeld omdat niet duidelijk is waarom zijn concurrent een van de zes evenementenvergunningen heeft verkregen, terwijl zijn aanvraag is geweigerd.⁶⁴ Nu het nationale recht deze waarborg niet biedt, dienen de bepalingen, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, te worden omgezet.⁶⁵ Widdershoven e.a. hebben in hun evaluatie van de Awb al betoogd dat codificatie van het transparantiebeginsel in de Awb moet worden overwogen, ook met het oog op de implementatie van de Dienstenrichtlijn.⁶⁶ Drahmman heeft in haar preadvies voor de Jonge VAR eveneens gepleit voor de erkenning van het transparantiebeginsel.⁶⁷ In het wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet is de wetgever hiertoe al toe overgegaan.⁶⁸ Waarom niet in de Dienstenwet?

Conclusie

De wetgever wilde bij het omzetten van de Dienstenrichtlijn onnodige wet- en regelgeving voorkomen en heeft zich beperkt tot de minimaal noodzakelijke omzettingmaatregelen. Deze minimalistische houding kan de Nederlandse overheid duur komen te staan. Ik kom tot de conclusie dat de argumenten in paragraaf 3.4.2 van de memorie van toelichting om de aldaar genoemde artikelen uit de Dienstenrichtlijn niet op te nemen in de Dienstenwet, niet in overeenstemming zijn met de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie. Bijsturing lijkt dus noodzakelijk. Mijns inziens doet de wetgever er verstandig aan de bepalingen alsnog om te zetten naar nationaal recht. In de eerste plaats omdat de jurisprudentie van het Hof van Justitie hiertoe lijkt te verplichten uit oogpunt van rechtszekerheid, effectieve rechtsbescherming en het bereiken van het nuttig effect van de richtlijn. In de tweede plaats omdat omzetting praktisch nut dient. Met het omzetten van de bepalingen wordt de rechtspositie van particulieren kenbaar in de wetgeving neergelegd en wordt een duidelijk toetsingskader geschapen voor de verschillende overheden in Nederland. Zo raken de eisen uit de richtlijn niet in de vergetelheid. Met het vastleggen van de bepalingen wordt tevens voorkomen dat het aan nationale rechters wordt overgelaten om oplossingen te creëren voor de doorwerking van de richtlijn, bijvoorbeeld in het geval de richtlijn tussen dienstverrichters onderling wordt ingeroepen.

Welke gevolgen heeft de niet-correcte omzetting voor de praktijk? Om te beginnen is het voor particulieren op dit moment niet eenvoudig om kennis te nemen van hun rechten en plichten. Wanneer zij hierin niettemin geslaagd zijn, kunnen zij zich enkel op richtlijnbeoordelingen beroepen voor zover deze rechtstreeks werken. Of dit het geval is, staat in eerste instantie ter beoordeling aan de (verschillende) nationale instanties. Wordt een beroep op een rechtstreeks werkende bepaling gehonoreerd, dan zal eventuele strijdige nationale wetgeving, bijvoorbeeld een vergunningsvoorwaarde, buiten toepassing moeten worden gelaten. In horizontale situaties is de toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen echter vooralsnog niet mogelijk. Een andere wijze waarop de richtlijn zou kunnen doorwerken is via de richtlijnconforme interpretatie. Een particulier zou tenslotte de overheid aansprakelijk kunnen stellen voor de geleden schade die veroorzaakt wordt door de incorrecte implementatie.

De vlag van de Dienstenwet dekt bij lange na de lading van de Dienstenrichtlijn niet. Hierdoor kunnen dienstverrichters of afnemers worden gedupeerd. Om de schade te beperken is het van belang dat juristen die te maken krijgen met de Dienstenwet zich realiseren dat de Dienstenrichtlijn het daadwerkelijke toetsingskader vormt en zich hier zonodig op beroepen; *there's more out there*.

64. In een aantal uitspraken speelt transparantie ook (buiten het aanbestedingsrecht) een rol, zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CbB van 19 december 2007, LJN BC2460.

65. Zie ook: Steyger 2008, p. 6.

66. Widdershoven e.a. 2007, p. 92. Volgens de Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006* (WODC), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 54 is het beginsel echter nog onvoldoende uitgekristalliseerd om tot codificatie over te gaan.

67. Drahmman 2009, p. 169 e.v.

68. *Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 2*. Het wetsvoorstel is door de Eerste Kamer verworpen (*Handelingen I 2007/08, nr. 38, p. 1656-173*).